

結果的加重犯と犯罪競合

香 川 達 夫

-
- 一 は し が き
 - 二 問題の所在
 - 三 問題の解明
 - 四 わが国刑法との関連
-

一 は し が き

結果的加重犯の本質をどう理解すべきかについては、多年にわたってあらそいがたえなかった。¹⁾しかし、リードブルフがいみじくも指摘しているように、結果責任から意思責任へのながれが刑法史における潮流であるのなら、²⁾重い結果の発生だけを契機に刑が加重される犯罪として、いわば条件主義的因果関係のみあればたりるとして結果的加重犯を理解することは、こうした刑法史における潮流にことさら抵抗する結果になりかねないし、また論理的にいつても、単なる条件主義的な因果関係の存在という事実関係だけで刑事責任をとうことの非が非難されなければならなくなるのも当然である。マウラッハが結果的加重犯をもって「不満足な時代錯誤のグループ」³⁾としたのも、そうした認識あつての批判であつたらう。そこから、重い結果の範囲を相当因果関係によって制限しあるいは過失の範囲に限定して考えようとする傾向が生ずるのも、それは自然な要求でありまた当然の帰結でもあつた。⁴⁾否、条件主義的な因果関係があればたりるとする所説にあってすら、ことは解釈論の分野でそういふとするだけの意味であつて「こ

したふるい結果責任の遺物は、今日の法意識によってもまた合理的な刑事政策の基本原則からいっても、適切でないことはうたがいのないところである」から「このような満足しえない状態は、法が重い結果に対する責任を、それが過失によりひきおこされた点に依存させることによってのみ克服される」として、立法論としては責任主義の原理から理解すべきことを強調しているのである。こうした気運は、いきおいのおもむくところ、一九五三年八月四日の第三次刑法改正法第五六条の新設となつて立法上も具体化されることとなつた。すなわち、同条は「法が行為の特別の結果についてより重い刑を結合させているばあい、行為者はすくなくとも過失によりこの結果を惹起してのみより重い刑が科せられる」とし、重い結果に対する過失の存在を要件としているからである。

これはあきらかに責任主義の勝利を物語っている。事実「ドイツ刑法第五六条は結果的加重犯を責任主義の原則によつて立法化した輝かしい典型といえるであらう」といった賞讃さえなされている。たしかに時代錯誤の結果的加重犯が、時代に適合した概念として責任主義の基本原理で再構成された事実は高く評価されてよい。だがだからといって、このように責任主義の勝利を高く標榜し、それでことたれりとしていいものなのであらうか。第五六条との関連で、なお検討されなければならない課題が存在しているのではなからうか。なぜなら、本条が重い結果について過失の存在を要件としているかぎりでは、たしかに責任主義の原則を明確化した立法の完成をみたとはいひうる。しかし、本条にいう責任主義とは、単に重い結果について過失があればたりとするだけの責任主義を規定しているのではない。その表現からもあきらかなように「すくなくとも過失 (wenigstens fahrlässig……)」にすることが要求されている事実を看過するわけにもゆかないからである。すなわち、因果関係だけでは充分でないとするだけの意味で過失の存在が要求される趣旨なら、それは結果的加重犯をめぐる刑法史の潮流にも合致し、前述のように責任主義の勝利であるといひうる。だが、もし「すくなくとも」とする法の表現にウェイトをおきうるとすれば、結果的加重犯における重い結果がつねに過失によつてのみ惹起されるばあにかぎらない事実を法定している意味にもとれる。換

言すれば「すくなくとも過失」のあることが必要なら、重い結果について故意あるばあいもまた結果的加重犯の概念に包括させることが可能となってくる。もつとも、こう理解したとしても第五六条が責任主義の勝利を意味する事実にかわりはない。過失よりより高度の責任が要求されることになるからである。⁹⁾ただ問題はこうした意味での結果的加重犯概念を認めうるものかどうか、第五六条はそのいずれの趣旨での規定なのか、まず同条をめぐる課題として意識されなければならなくなってくる。もとより重い結果に故意あるばあいは、結果的加重犯の概念から排除されると解すれば後者の課題は氷解する。¹⁰⁾しかし、これまででもドイツにあっては、たとえば、フランク所説のように「行為者は基本犯を介して重い結果を惹起することを予想していたばあい」¹¹⁾をも、結果的加重犯の概念に包括させる見解もみられた。¹²⁾第五六条の制定がこうした所説の立法化まで意図したものなのか。あるいは単に因果関係のみでたりとする見解と袂をわかつために過失を要件とし、その後を生ずる課題についてはこれを解釈論にゆだねる趣旨なのか。「すくなくとも」とする表現の理解については困難をとまなう。そうだとすれば、第五六条の制定が、当然には結果的加重犯をめぐるすべての課題をよみなく解決しうるものでもないし、また手ばなしで歓迎しうる規定であるともいえなくなってくる。現にドイツにあっては、こうした本質論に附随する課題として、結果的加重犯と犯罪競合に関するあたらしい問題の存在が指摘されているし、¹³⁾それだけにまた解釈論上の疑義を生ずる淵由ともなっている。

それならば現実には、本条の新設によって結果的加重犯と犯罪競合とがどんな解釈論上の疑義をもたらししているのだろうか。シュレーデルによれば、二個の類型にわけて考慮するのが妥当であるとされる。すなわち、ドイツ刑法第二二二条のように、過失殺だけを別個に法定する規定があるばあい、結果的加重犯における重い結果につき過失の存在を要件とするなら、この両者の関連はどうなるのかがその第一の類型に属する課題であり、他は重い結果を過失によつてではなく、故意あつてひきおこしたばあいを別個に処罰する規定があるとき、これと結果的加重犯との関連はどうなるのか。これが第二の類型に属する課題である。¹⁴⁾このように、犯罪競合の問題について二個の類型化が可能で

あるとするなら、さらに第五六条との関連で、これらの課題をどう理解するのが妥当であるかが当然考慮されなければならなくなってくる。そこで、ドイツ刑法理論上これらの課題がどうとりあつかわれているか、あるいはどう解決されているかを考察し、あわせてわが国刑法との関連を考察してみたい。これが本稿の課題である。

- (1) こうした結果的加重犯の本質をめぐる論争の過程と変遷については、草野豹一郎・結果的加重犯(刑法改正上の重要問題、昭和二五年)、六七頁以下参照。
- (2) Vgl. Gustav Radbruch, *Erfolgshaftung*, VDA., Bd. II, 1908, S. 227.
- (3) Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., 1969, S. 84.
- (4) こうした学説の動向については、草野・結果的加重犯、九〇頁以下および下村康正・結果的加重犯の未遂(法学新報六五巻四号)、二六八頁以下に詳しい。
- (5) Franz von Liszt-Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, S. 238.
- (6) Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1923, S. 143.
- (7) もっとも、逆に過失さえ必要としないとする所説に対しては結果責任を認めるものであって妥当でないとする批判につきこの立場から「基本行為が故意犯であることを思えば、過酷な結果になるとの非難は必ずしもあたらない」(小野清一郎『中野次雄』植松正『伊達秋雄・新版 刑法、昭和三五年、三八一頁——以下、小野等・刑法と略記する——)とする再批判がみられる。

(8) 滝川春雄・結果的加重犯(法学教室、二号)、一二二頁。なお滝川教授は、結果的加重犯をもって責任主義の原則で理解するためには、単に重い結果の発生のみを加重原因として把握するだけでは正しくその本質を理解しえないとされ「基本行為のもつ結果発生危険性の故に刑が加重される」(滝川・結果的加重犯、一二二頁)ものとして理解すべき旨を主張される。基本犯のもつ危険性の強調は、同教授も認められるように、すでにドイツにあって Dietrich Oehler, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, ZStW., Bd. 69, S. 503ff に展開されているところである。このような考え方は、また H・マイエルによっても指摘され「なん人も有責な方法で危険状態においたという点に見出される危険犯」(Hellmuth Mayer, *Strafrecht*, 1953, S. 347)として、結果的加重犯をとらえている。なお、オエレルと同じ傾向をおい結果的加重犯の本質を解明した論文に森井暉・結果的加重犯(法学論叢六九巻二号)、六七頁以下がある。

(9) もっとも、結果的加重犯概念が理論上こうしたばあいのみに限定されない点については、後出五四頁以下参照。

(10) 草野・結果的加重犯、一〇一頁。香川達夫・結合犯に関する一試論（金沢法学一卷二号）、一七二頁参照。なお、メッゲルもまた「刑罰を加重する行為事情の認識は、例外的に故意の要件から排除される」（Edmund Mezger, Strafrecht, 1949, S. 316）としてこの結論を認める。もっとも、氷解するとは第五六条にいう「すくなくとも」の意味内容を解釈するについて、その解釈が本文記述のとおり二とおりに解する必要もないとするだけの意味であって、重い結果に故意あるばあいの適条まで氷解するという趣旨ではない。

(11) Reinhard von Frank, Vollendung und Versuch, VDA., Bd.V., 1908, S. 211.

(12) わが国にあっても、たとえば木村博士はドイツ刑法第五六条が重い結果につき故意のなればあいと限定したものではないとされ、積極的に解されている（木村亀二・結果的加重犯の未遂（刑法雑誌七巻一号）、一〇頁以下参照）。

(13) Vgl. Horst Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierte Delikten, NJW., 1956, S. 1737 ff. 本稿もまたこの論文におうところが多い。

(14) Vgl. Schröder, a. a. O., S. 1737.

二 問題の所在

一 最初に前者の課題、すなわち結果的加重犯と過失殺に関する第二二二条との関係を考察しよう。ここでは結果的加重犯としての適条のほか、かさねて過失殺の適条をなすべきかが問題とされている。一般的にいつて、結果的加重犯における重い結果につき、過失の存在を要件とするか否かにより結論は異なってくるであろう。事実、過失の存在を要件とした第五六条制定までの通説、判例と、それ以降とは学説、判例相互間に変動がみられる。具体的には、傷害致死に関する第二二六条と過失殺の第二二二条との比較が、その適例としてあげられる。

第二二六条に関し、従来の通説は本条をもって結果的加重犯と解するところから、重い結果についての「責任を考慮することなく、単に死の結果を惹起しただけで充分である」と³⁾としている。同様に、判例もまた第二二四条の重傷害

についてではあるが「重傷害の構成要件にあっては、傷害の故意とならんでただ現実が発生した結果だけを要求し、この結果の惹起との関連で過失もまた必要とされないことは、すべてその表現および第二二四条、第二二五条、第二二六条との関連からいってあきらかである」とし、重い結果に対する因果関係の存在をもってたりとしている。したがって逆に「死の結果について過失があれば本条の適用は排除されず、第二二二条との観念的競合が生ずる」と解するほかなくなってくる。これがこれまでの通説であった。すくなくとも、重い結果を因果関係の場において理解するかがり、こう適条するのが正当な結果であつたろう。重い結果に対する過失の存在は、単に因果関係の存在だけにどまる第二二六条だけでは評価しつくせない部分を、第二二二条の適用により完全に評価することが可能ともなってくるからである。だが、第五六条の制定後はそうはゆかない。重い結果についての過失の存在が第二二六条の構成要件要素として要求されている以上、この点について過失があれば單純に同条の適用がなされればたり、かさねて第二二二条を適用する必要もなくなってくるからである。したがって、第二二六条は第二二二条を吸収するものとして、両法条間には法条競合の関係を認めるほかない。判例も、この点での変更はこれを素直に承認している。たとえば、一九五五年七月八日の連邦裁判所第二刑事部判決は「刑法第五六条により、現在の傷害致死罪は行為者が傷害に際し、相手方の死を過失によってひきおこしたことを要件としている。したがって、この過失責任が認められるのなら同時にまた過失殺も存在する。このことは、現在ではもはやこの両行為間に観念的競合(Tatenheit)が成立しえないとする結論へと導く。したがって、刑法第二二六条の重い犯罪行為は、この法条の創設によって過失殺の構成要件をただちに包括するものなのである」として、前述の帰結を認めているなどがこれである。もっとも、この両法条の関係を観念的競合と解するか法条競合とするかは、単に理論上のあらそいだけであって、實際上格別の効果をもたらすものでもないともいえる。なぜなら、第二二二条を適用して観念的競合としたからといって、それが科刑上特別制限的な役割を果しうるものでもなく、刑の量定にあってはもっぱら第二二六条所定の法定刑に依存するほかなく、

結果的には法条競合を認めたいと差異はないことになるからである。⁽⁶⁾ただ、刑の量定といった実際的な問題は別として、すくなくとも理論的な課題としてとらえたばあい、第五六条制定後は両法条をもって法条競合と解すること
が果して適当であるかどうか。一九五五年七月判決の判示するような変更を是認すべきかどうか。これが、第五六条
制定にともなう結果的加重犯と犯罪競合に関する第一の課題である。

- (1) 学説のすべてがそう理解しているわけではない。なお、その詳細については後出五〇頁註(3)および六〇頁以下参照。
- (2) Adolf Schönke, Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl., 1952, S. 614. もとより、第五六条制定前の見解であり、制定後
はその所説に変更のあるのは当然である。
- (3) Urt. v. 27. 9. 1881, ERGSt., Bd. 5, S. 27. なお Urt. v. 24. 10. 1910, ERGSt., Bd. 44, S. 137; Urt. v. 23. 11. 1923,
ERGSt., Bd. 67, S. 368. などとも同趣旨の判例としてあげられる。
- (4) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 481.
- (5) Vgl. Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 487; Mezger, Strafrecht (Ein Studien-
buch), II Besonderer Teil, 2. Aufl., 1951, S. 37.
- (6) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl., 1961, S. 873. なお、メッゲルもまた「第五六条により、第
二二三条は一般法となり、したがって観念的競合は排除される」(Mezger, Strafrecht (Ein Studienbuch), II Besonderer Teil,
6. Aufl., 1958, S. 43) ことを認め、従来の見解をあらためている。
- (7) この判決も、そして後述する一九五六年五月の判決もともにそうであるが、観念的競合をもって Ideal Konkurrenz とせず
Tateinheit と表現している。その理由は「最近一〇年は、こうした表現のかわりにすこしは時宜に適した口語浄化主義運動
が、観念的競合、実在的競合といった両概念を、ドイツ語らしくしようとしてきたし、事実ライヒ裁判所もまた、おいおい
Ideal Konkurrenz という概念のかわりに Tateinheit, Real Konkurrenz という概念のかわりに Tateinheit という表現を利用
してきた」(Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeine Teil, 1954, S. 588) とするマウラッハの説明にみられるとおりで
ある。ただ、こうした表現が観念的競合あるいは実在的競合の本質を正しく表現しうるものかどうかは——意図自身には賛成
だが——別である。
- (8) NJW., 1955, S. 1366.

(c) Vgl. Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 1963, S. 74. 以下とく三版のこととわらないかぎり、この初版本からの引用による。

二 さらに、第二の課題についてはどうであろう。すなわち、結果的加重犯における重い結果を故意に実現したばあい、こうした故意に実現された結果についてさらに別個に処罰規定があるとき、この両法条の關係いかんの課題がこれである。たとえば、第二十一条の謀殺と第二十五条の強盜致死傷との關係がその典型としてあげられる。第二十五条もまた、結果的加重犯であることに異論はない^(c)。したがって、これまでの通説によるかぎり重い結果について責任の存在は必要とされない。たとえば、ニートハンメルは「第二十五条のばあい、責任のない惹起だけで充分である^(c)」とし、判例もまたこの点に対する認識にかりはなく「強盜の際に生じた重傷害の結果は、ただ故意に暴力をもちいたことの客観的な結果としてのみ意味があり、その結果が行為者にとって意図されていたかあるいは予想していたかどうかは問題ではない^(c)」としている。このように、重い結果に対する責任の存在が要求されず単に因果關係の存在だけでたりとするなら、逆に重い結果について責任があり、しかもこれについて別個に処罰規定のあるばあいの処遇が問題となるのも当然である。過失あるばあいについては、すでに前節で述べた。それなら、さらに故意のあるばあいはどうであろう。この点につき、一八八一年六月一七日のライヒ裁判所第二刑事部の判決は「ドイツ刑法第二十五条はプロイセン刑法第二二三条にしたがい、強盜によってもちいられた暴力により、相手方の死あるいは重傷害がもたらされたのであれば、その行為者に加重された刑を科している。したがって、故意に暴力をもちいたことの客観的な結果だけを重視し、その結果が行為者によって意図されていたかどうか、あるいはまた予想しえられたかどうかをとわないのである^(c)」として、同条の性格を判示したのち「死が故意にもとづいてなされ、しかもその点についての確認があつて実行されたというあたらしい要素が、強盜が意識的におこなった暴力およびそれによって惹起された相手方の死という事実に加加されると、このばあい刑法第七三条の意味での観念的競合が存在する。したがって、一

個の行為により刑法第二十一条と第二十五条との両法条が侵害されているのである」として、両者の観念的競合を認めている。重い結果に過失あるばあいの適条とパラレルに考え、判例としてはこう判示するのが当然であつたらう。

だが、第五十六条制定後はどうであらうか。事情は同条制定前と同一といひうるものであろうか。これが結果的加重犯と犯罪競合に関する第二の課題としてあらわれてくる。だがこの課題についても、第一の課題に対し一九五五年七月の判決例があつたように、同条制定後の判例の態度をあきらかにした連邦裁判所判決の存在により、一応の解決はあたえられている。一九五六年五月八日の第二刑事部判決がこれである。すなわち、この判決は「このばあい観念的競合が認められる可能性については、学説上、重い結果が過失により惹起されたばあいにのみ第二十五条による刑の加重が許される。したがって、同じ結果を故意にひきおこしたばあいには、それについて適用される第二十一条の背後に第二十五条がおいやられなければならない。すくなくとも、一九五三年八月四日の第三次刑法改正法第五十六条によるかぎりそうであるとする主張がみられる。だが、この学説所説のように、第二十一条が第二十一条の背後にあつて、ただ補助的にのみ適用されなければならないということは、刑法第五十六条の表現からもまたその成立過程からいつてもでてくるものではない。この表現によると、以前は刑罰加重事由であつた重い結果が、現在ではただ行為者が『この結果をすくなくとも過失によりひきおこした』ばあいにのみ、行為者の不利益に刑のわくをひろげていつている。このように責任が多様であることは——そこにまた『すくなくとも』という言葉がひきあいだされるのだが——結果をも包含する故意のありうることを示している。ライヒ裁判所は、その判決で被害者の死をまえて予想していたばあいに、謀殺とほかの特別な重強盗とが観念的に競合することを認めている。……刑法第五十六条の制定により、一九五三年以前に予想されていた法律状態がなんらかの変更をうけるべきだとする点は、したがってこの規定の表現からは認めるべきではない」と判示し、第五十六条制定後にあつても、過失に関する一九五五年七月判決とは逆に、かつてのライヒ裁判所判決と同一の適条をなしうるとしている。そう理解して妨げないかどうか、これが第二の課題の中

核を形成している。

- (1) 第二十一条は *Raub mit Marterung* (強盗が人をせめさいなむ) ばあいの規定であって、これを單純に強盗致死傷と訳出するのは正当でないのかもしれない。ただ同条後段にみられる規定は、實質的にいってわが刑法第二四〇条に相応するともいえるので、こう訳出しておいた。なお、下村・結果的加重犯の未遂、二八八頁参照。
- (2) *Vgl. Schönke-Schröder, a. a. O., S. 334.*
- (3) *Emil Niehammer, Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, 1950, S. 258.* ヲウラッハもまた、第五六条制定前には「重い結果の予見可能性は問題にならなう」(*Maurach, a. a. O., S. 201*) としていた。しかし、このときにあってもシェンケは、逆に過失の存在が必要である旨を明言している。 *Vgl. Schönke, a. a. O., S. 688.*
- (4) *Urt. v. 11. 8. 1902, ERGSt., Bd. 35, S. 357.*
- (5) *ERGSt., Bd. 4, S. 287.*
- (6) 本文記述の一九五六年五月の判決によってもしりうるように、変更はないが、ただマウラッハはむしろ併合罪の成立が可能であるとしている。 *Vgl. Maurach, a. a. O., 3. Aufl., S. 229.* なお、詳細は後出五三頁註(2)参照。
- (7) 問題の所在をあきらかにするため、対象を第二十一条と第二十五条との関係のみに制限した。判例もまたこの両法条をめぐって存在するからである。しかし類似の関係はほかの結果的加重犯についても起こりうる。たとえば、第二二五条との関連がこれである。同条は重い結果を目的とする傷害 (*Beabsichtigung des schweren Folgen*) であり、結果の確定的な認識が要件とされる (*Vgl. Frank, Kommentar, S. 487*)。したがって、第二二五条と第二二五条との間にも同種の事例があらわれてくる。 *Vgl. Schröder, a. a. O., S. 1737.*
- (8) 前出四七頁註(5)参照。
- (9) なお、この点の詳細は、後出五八頁以下参照。
- (10) *NJW, 1956, S. 1041.*

三 問題の解明

一 問題の所在はあきらかになった。どう解決するのが妥当なのか。連邦裁判所のなした判決の結論、すなわち重

い結果に過失があつても別個に過失殺の規定を考慮することなく結果的加重犯の処罰規定だけの適用でたり、逆に故意あるばあいについては、故意犯と結果的加重犯の観念的競合を認めることを、正当な結論として是認するの一のゆき方であり、逆に各別に考慮するゆき方が予想されないわけでもない。ドイツ刑法のもとで、この課題はどう解されるのが妥当なのか、あるいはどう理解されているのか、説明の便宜上、第二の課題からさきに考察することにしう。

実定法の解釈として、第五六条にいう「すくなくとも過失により」の意味内容が、重い結果に対して過失のあることを必要とするというだけの意味なら、換言すれば重い結果について故意あるばあいを除外する趣旨なら、第五六条は単に重い結果について過失のあるばあいにのみその適用は可能となり、したがつてそれは「故意にひきおこされた結果の惹起とは排他的な関係で在存する」⁽¹⁾ものというほかない。ということになれば、重い結果について故意あるばあいにかさねて第二五一条を適用することは許されなくなつてくる。したがつて、かさねて第二五一条の適用を認めた一九五六年五月の前記連邦裁判所判決の適条は、必ずしも正当であるともいえなくなり、むしろ両法条の競合はこれを消極的に解するのが妥当ともなつてくる。したがつて、マウラッハも指摘しているように、右判決判示のように謀殺（第二二一条）と強盗致死（第二五一条）との観念的競合なのではなく、むしろ強盗の態様により單純強盗に関する第二四九条あるいは重強盗の処罰規定である第二五〇条と第二二一条との観念的競合を認めた方が論理的ともなつてくる。⁽²⁾なぜなら、こう理解することによつて、同じ死という單一の結果を、判例所説のように第二二一条および第二五一条により二度評価する必要もなくなつてくるからである。さらにまたたとえば、單純強盗が故意に人を殺害したという設例にあつて、第二四九条と第二二一条との観念的競合の承認は、それで強盗の際における人の殺害という事実を法的にも正当に評価しているし、構成要件の解釈適用についても決して齟齬はないといふからである。たしかに、判例理論のもたらす「二重帳簿の態様」⁽³⁾をさける意味では、マウラッハの所説にみるべきものがあると

といえる。事実、シュレーデルもまた、こうした所説とこの所説のもたらす効果を是認するのにやぶさかではなかった。⁽⁵⁾しかし「こうした所説を一般的な原則として適用すると、実定法上数多くの論議が生ずる」として、結果的には消極的な態度を示している。それならば、実定法上発生する疑問とは具体的にいつてなんなのか。シュレーデルはこれを二個の類型にわけ、つぎのように批判している。⁽⁶⁾すなわち、もし強盜致死罪に関する第二十五条の規定が実定法上存在していなかったとすると、たとえば重い死の結果を過失によりひきおこしたという結果的加重犯の典型的な事例にあつては、おそらく強盜（第二四九条あるいは第二五〇条）と傷害致死（第二三六条）との観念的競合を認めるほかあるまい。しかし、こうした適条をするほかない事実に対して、ことさら第二十五条が存在するのはなぜか。それは前記設例にあつて単に第二四九条あるいは第二五〇条と第二二六条との観念的競合を認めるだけでは充分でないとする認識があるためのものであらう。いわば、第二五一条が前記両法条の観念的競合を認めることによってもたらされる処断刑よりも、より重い刑を法定してのぞんでいるのは、そうすることによって結果的加重犯が故意犯と過失犯の結合である事実を明確にするためである。⁽⁷⁾ここに、結果的加重犯に関する第二五一条の存在理由を正當に理解しなければならぬ根拠が見出される。⁽⁸⁾これがその第一の理由である。さらに第二の理由は、前とは別個の設例について考えられる。すなわち、それは強盜が故意に重い死の結果についてではなく、傷害の結果を惹起したばあいについてである。第二五一条は、既述のとおり強盜致死傷に関する規定であり、したがって本設例についてもまた同条の適用が予想される。しかも同条は第五六条との関連から、重い傷害の結果について過失あるばあいのみを予定し、故意あるばあいはこれを排除すると解するほかないとするのであれば、設例については第二四九条と重い結果を目的とする傷害の処罰規定である第二二五条との観念的競合を認めることになるであらう。⁽⁹⁾第二二五条が、重い結果に対する確定的認識の存在をまつて適用される点については、ほぼ異論なく認められているからである。したがって、第二五一条所定の重い結果に対し故意あるばあいを除外したマウラッハにとって、設例のばあい「第二四九条の構成要件中

に必然的に包含されていない傷害との観念的競合が可能である⁽¹¹⁾」としているのも、うなづけるところである。だがそうだとすると、つぎのような不合理が生ずる。すなわち、重い傷害の結果に故意があれば、第二四九条と第二二五条との観念的競合だとするなら、逆に過失だけあって第二二五一条のみが適用されることとの調整が問題となるからである。過失により重い傷害の結果を発生させた方が、故意あってなされたばかりよりも重く処断されるという結果へと導く⁽¹²⁾。こうした科刑上の不合理を是認して妨げないのか。これがシュレーデルによる第二の理由となっている。

結果的加重犯とは重い結果について過失があるばあいだけを意味するとする前提に依拠するかぎり、前章で設定された二個の問題を説明する手がかりはえられない。それはシュレーデル所説のような前述の理由からあきらかにされた。それならば、どんな方法あるいは認識を前提として、二個の課題を明確にするのが妥当なのか。シュレーデルはつぎのように答えている。すなわち、ことは競合の問題一般として理解されるべきではなく、むしろ「異なった構成要件とその問題点とを区別して検討しなければならない⁽¹³⁾」ものである、またそうした前提、認識にたつてのみ問題の解明は正しくおこなわれるとしている。

- (1) Schröder, a. a. O., S. 1737 ff.
- (2) Maurach, a. a. O., S. 202. もっとも、マウラッハはその刑法各論の第三版になると、これまでの所説を撤回し、併合罪の成立が可能であるとしている (Vgl. Maurach, a. a. O., 3. Aufl., S. 229)。ただ、なぜ併合罪になるのかは明示されていない。たしかに強盗後あらたに殺意を生じての殺害であれば、ドイツ刑法第七四条所定の「数多くの独立した行為により」(durch mehrere selbständige Handlungen)とする要件に抵触するとはいえるであろう。だが、設例にあっては、両法条が互に相排斥するものでもなく、構成要件にかさなりあっているのであるから、併合罪とする理由を理解しえない。
- (3) Schröder, a. a. O., S. 1738.
- (4) Vgl. Schröder, a. a. O., S. 1738.
- (5) Schröder, a. a. O., S. 1738.
- (6) Vgl. Schröder, a. a. O., S. 1738.

(7) もっとも、第二十五条のもつ意味がこれだけにかぎらない事実については後出五六頁以下参照。またこのような理解に対する批判については後出五八頁以下参照。

(8) 本文記述の設例にあつて単に観念的競合を認めるというだけでは、第二四九条の法定刑は一年以上一五年以下の懲役(第一四条参照)。第二二六条は三年をくだらない重懲役または軽懲役であり、両者を第七三条で処断しても処断刑は最高一五年のわくをでることができない。だが、第二五一条が存在するということになる、一カ年をくだらない重懲役または無期の重懲役で処断することが可能となる。ここに、重い結果の発生を契機として刑の加重をなしうる結果的加重犯概念の存在意義がある。もっとも、なぜ重い結果との結合によって刑を加重して妨げないのかは問題であり、オエーレルは基本犯に内在する危険性によってその基礎づけをなしている。Vgl. Oehler, a. a. O., S. 513.

(9) もっとも、その範囲についてはあらそいがあり、たとえばナークレルは「傷害が暴力利用のさけがたい要素であるかぎり、強盗と傷害との間には法条競合の関係が存在する」(Johannes Nagler, Leipziger Kommentar, 7. Aufl., 1951, S. 376)として、常に必ずしも第七三条の適用が可能であるとしてもいいない。もっとも「それをこえてなされた範囲については観念的競合が存在する」(Nagler, a. a. O., S. 376) 事実はこのことを認めている。

(10) Vgl. Liszt-Schmidt, a. a. O., 25. Aufl., S. 481; Mezger, a. a. O., 6. Aufl., S. 43; Schönke-Schröder, a. a. O., S. 871; Hans Weizel, Das deutsche Strafrecht, 5. Aufl., 1956, S. 231.

(11) Maurach, a. a. O., 3. Aufl., S. 227. シェンケ・シュレーデルもまた「第二四九条の暴力は傷害罪の本質ではない」(Schönke-Schröder, a. a. O., S. 966) として、やはりこの帰結を認めている。

(12) すなわち、第二四九条の法定刑は註(8)記述のとおり。それに対し第二二五条は一年以上一〇年以下の重懲役。したがって第七三条を適用したところで、第二五一条の法定刑に遠くおよばず、したがって重い結果に対する過失のばあいの方が故意のあるばあいより重く処断されるのは事実である。

(13) Schröder, a. a. O., S. 1738.

二 シュレーデル所説のように、問題の解明が個々の異なった構成要件とその問題点をどう理解するかに依存しているとするなら、個々に結果的加重犯を法定する各別の構成要件は、一体どのような基準によって理解されてゆかなければならないのだろうか。シェンケ・シュレーデルによれば、結果的加重犯概念はさらにわかれて二個の類型に区

別すべきだとされる。真正結果的加重犯と不真正結果的加重犯とがこれである。真正結果的加重犯 (eches erfolgsqualifizierte Delikt) とは「行為者は基本犯により惹起された結果のために責をとられるが、行為者としてはこの結果を非故意的に惹起していたばあい」⁽¹⁾をいい、不真正結果的加重犯 (unechtes erfolgsqualifizierte Delikt) とは「一定の結果発生が、ほかの犯罪類型の性質決定に附随する事情として利用されているばあいをいい、この結果につき性質決定された構成要件によって、行為者は責をとられるであろうこともなく、またその結果が基本的構成要件の結果から、まさしく成立しなければならぬものでもない」⁽²⁾ばあいをいう。このように結果的加重犯とされるものが、さらに二個の類型に区分せられるとするなら、こうした質的な区別を前提として、第二五一条がそのいずれの類型に所属するかがまず考察されなければならないし、そしてさらに、そのいずれの類型に所属しえられるかによって、さきに提出された結果的加重犯と犯罪競合をめぐる二個の課題解明への手がかりをうる事が可能となってくる。それは「あきらかに、ただ個々の構成要件に特殊化されて解決される」⁽³⁾課題なのである。

ところで、第二五一条は真正結果的加重犯なのかあるいは不真正結果的加重犯なのか、そのいずれに所属させるのが妥当であるかの課題は、逆にそのいずれかの類型に所属させることによって生ずる効果との関連で決定されよう。換言すれば、どちらの類型に所属させた方がより論理的かである。そこでまず、第二五一条をもって真正結果的加重犯の範疇に所属させてみたらどうであろう。真正結果的加重犯とは、既述のとおり重い結果を非故意的に惹起する事が要件とされる。非故意的であればたりるから、重い結果に対し因果関係のあるばあいはもちろん、過失が存在しても一向にさしつかえなく、その範囲で結果的加重犯の成立が可能となる。すくなくとも、第五六条の制定まではそうである。だが同条の制定により、真正結果的加重犯概念は修正を余儀なくされた。過失の存在が要件とされたからである。したがって、重い結果に対する単なる因果関係の存在だけではこの概念から排除される。第五六条所定の「すくなくとも」を、因果関係からの別離を意味するものとしてのみ理解するかぎりそうである。そこから逆に、重

い結果を故意に惹起するとそれはすでに真正結果的加重犯概念のわく外にはみだし、したがって設例に第二五一条を適用する余地はない。ということになれば、さきにマウラッハの旧版書にみられたように、設例につき強盜(第二四九条)と殺人(第二二一条)との觀念的競合を認めるはかなくなってくる。こうした適条が、死という事実を構成要件の評価として正当に判断しているのも事実であらうし、また一九五六年五月判決のもたらす二重評価の苛酷さを阻止するのも事実であらう。第二五一条をもって、真正結果的加重犯のわく内に所属させるかぎり、この帰結が当然の論理性をもって確認される。ただ、第二五一条をもって、このように真正結果的加重犯としてのみ理解して妨げないかは問題である。前提自身に対する反省が必要となってくる。それなら逆に、不真正結果的加重犯としたらどうである。またそういううる理論的根拠を見出しえないものか。既述のとおり不真正結果的加重犯にあっては、重い結果が必ずしも基本犯の構成要件の結果として成立することを要しない。そうだとすれば、第二五一条についてもまた「強盜が加重的附随事情のもとに (unter schweren Begleitumstände) おこなわれた」のであっても、本条の適用が可能となってくる。したがって、同条にいう結果的加重犯とは「一定の附随事情のもとにおこなわれた行為としての強盜」が意味があり、いわばそれは基本犯と結果との結合だけを意味する結果的加重犯であって、真正結果的加重犯のように故意犯と過失犯との結合を意味するものではない。そこから、重い結果が故意あるいは過失によってひきおこされたことは、不真正結果的加重犯概念にとって本質的な要件であるとはいえなくなってくる。したがって、前記設例についてもまた、重い結果に故意があれば第二二一条と本条、すなわち第二五一条との觀念的競合を認めるはかないことになり、結果的には一八八一年六月のライヒ裁判所判決以降の帰結と異ならないことになる。

第二五一条をもって、真正結果的加重犯と解するか不真正結果的加重犯としてとらえるかにより結果はこのようにかわってくる。そこからさきに留保された課題、すなわちこうした二個の類型に区分することの可否が、ここでさらに考慮されなければならぬ。それへの解答が、同時にどちらの類型で理解するのがより論理的かの課題をも、おの

ずから解明してくれるからである。もっとも、真正結果的加重犯という範疇の設定自体に異論はあるまい。それは、通常の結果的加重犯としてとらえられているからである。したがって問題は、不真正結果的加重犯という別個の類型を設定することの可否に集約される。それでもし第二五一条をもって真正結果的加重犯とすると、強盜が重い結果に對し過失さえなかったばあい本条の適用は許されず、処罰しようとするなら強盜(第二四九条)と傷害致死(第二六条)の観念的競合とするほかない。だが第二二六条もまた真正結果的加重犯である以上、第五六条との関連でやはり過失の存在は要件とされ、結局設例に対する適条を見出すのは困難となる。もっともそれでも妨げないとするならそれもよい。過失を必要とする理由がまさしくここで具体化されているからである。しかし既述のとおり、第二五一条は「強盜が加重の附随事情のもとにおこなわれた」ものとしてその特殊な性格を具備している事実を併考するとき、單に第二二六条適用の可否が論ぜられるだけでは充分とはいえない。したがって、こうした間隙をカバーするためにも別個の解釈がとられなければならないし、またそうした解釈を理論的に正当化するためにも、不真正結果的加重犯概念の設定をなしうるし、またそうするのが正当ともなってくる。こうした認識から、シュレーデルは「重い結果の惹起が有罪判決の基礎になるのではなく、性格決定に附随する事情のため、故意あつておこなわれた基本的構成要件にとくに重い刻印がおされる」ものとして、不真正結果的加重犯の本質をとらえ、真正結果的加重犯とは別個に「基本犯の加重の性格づけが附随事情によってあきらかとなってくる」不真正結果的加重犯概念設定の必要性と正当性を基礎づけているのである。

不真正結果的加重犯概念設定の正当性は是認された。と同時にそれが実定法とのもつ関連が考慮されなければならない。この点への配慮がまた観念的競合を認めることの妥当さを基礎づけることにもなるからである。ところで、第五六条は「すくなくとも過失により」重い結果を惹起することを要求する。ここにいう「すくなくとも」とは、その意味内容に二とおりの解釈が可能であることすでに述べた。すなわち、一般的には「すくなくとも」という表現に

はウェイトをおかず、ただ「過失により」重い結果を惹起したことが、結果的加重犯にとって本質的な要件とされていた。傷害致死罪に関する第二二六条がその典型であり、その意味で同条は第五六条の忠実な反映以外のなものでもない。だが、逆に「すくなくとも」とする表現にウェイトをおくと、すくなくとも過失があればたりと解され、したがって同条は「故意に結果をひきおこしたばあいをも関係させる可能性を排除しないばかりでなく、結果について過失さえなければこのばあいはすべて除外する」趣旨に理解される。換言すれば、第五六条は重い結果について過失のあるばあいのほか、故意があっても妨げない事実を表明していることにもなる。そうだとすると、実定法上の概念として、第五六条から予想される結果的加重犯の概念は、重い結果について故意あるいは過失あるばあいとして理解され、いわば、基本犯と故意あるいは過失による結果惹起との結合としてとらえられる。ところで他方、不真正結果的加重犯における「結果は他犯罪のとくに重い実行形式をあらわすものとして利用され、この結果が故意あるいは過失により惹起されたかどうかによる必要はない」とされるのであれば、設題につき第二五一条と第二二一条との観念的競合を認めるのがむしろ妥当となってくる。なぜなら、一定の結果発生が他犯罪の性格決定（たとえば第二二一条それ）に利用されているのなら、そしてまたそうしたものとして不真正結果的加重犯を理解するのなら、性格決定をなされた構成要件との観念的競合を認めることによって、これらの構成要件が第五六条から予想される故意あるいは過失による結果惹起とどう関連するのかが明確にされなければならないからである。こう解することによって、シュレーデルは一九五六年五月判決の正当性を基礎づけていった。ただ、シュレーデルの所説に対する批判がないわけでもない。オエーレルをその代表としてあげよう。結果的加重犯における基本犯のもつ危険性に刑罰加重の根拠を求めるオエーレルにとって、意思とは無関係に内在する要因である他の事情もまた、それが加重事由として作用する帰結は認められ「結果の発生に際し、より以上の事情が共働していても、固有の構成要件的な危険が排除されるものではない」とされていた。こうした事情もまた基本犯に内在する危険性の範囲確定の要素として、その役割を果してい

ると考えたからである。こうした範囲で結果的加重犯が危険犯として構成されることになると「故意に惹起された死の結果について、決して結果的加重犯を関連させてはならない。なぜなら、すべてのばあいに故意による侵害犯は故意ある危険犯に先行するから」とされ、その意味では観念的競合を認めることの非が非難されている。前提となる結果的加重犯概念に対する理解の相異が異なった帰結へと導いている。ただ、シュレーデル所説の意味でこの概念を理解するとき、既述の結論が是認されないものではないのは事実である。

- (1) Schönke-Schröder, a. a. O., S. 334.
- (2) Oehler, a. a. O., S. 519.
- (3) Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (4) Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (5) Vgl. Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (6) Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (7) Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (8) Schönke-Schröder, a. a. O., S. 335.
- (9) 前出四二頁以下参照。
- (10) Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (11) Schröder, a. a. O., S. 1739.
- (12) Vgl. Schönke-Schröder, a. a. O., S. 335.
- (13) 森井・結果的加重犯、九六頁参照。
- (14) Oehler, a. a. O., S. 515.
- (15) Oehler, a. a. O., S. 521.

三 その一方で、なちに保留した第一の課題、すなわち結果的加重犯、たとえば傷害致死(第三二六条)と過失殺(第三二三条)との関連をここで再考することしよう。

一九五五年七月の連邦裁判所判決は、従来の判決例とはそのゆき方を異にし、第五六条制定後両法条間には、むしろ法条競合の關係を認めるべきだと判示したこと既述のとおり。むしろ、同判決に対する反論は予想される。その代表として、ここでもまたオエーレルをあげることができる。すなわち、オエーレルは第二二六条をもって、本条は「ただ単に故意傷害のみをあらわしているのではない。過失殺がそれに附加されている事実を看過してはならない。したがって、本犯罪の本質は傷害の故意のなかに同時に生命を危険ならしめる故意か、あるいはすくなくとも生命の危険に対する義務違反の不認識が存在する点にある」と¹⁾と解するところから「第二二二条にいう過失殺のもつまったく別個の責任内容と、第二二六条にいう故意傷害をとおして、過失により結果が惹起されたばあいとを比較すれば、こうした両法条のもつ性格的な相異から観念的競合を認めるのが正当となってくる」と²⁾とする。結果的加重犯における重い結果は、基本犯における危険性との関連で決定され、そこにまた結果的加重犯における刑罰加重の理由を求めようとするオエーレルにとって、結果的加重犯をもって単に故意犯と過失犯との結合としてのみ理解することは堪えがたいものがあつたのであろう。したがって、一九五五年七月判決の帰結よりも、それ以前の旧判例の立場を、第五六条制定後の現在にあつてもなお維持してゆこうとしたのは自然な結果であつた。なぜなら、結果的加重犯をもって単に故意犯と過失犯との結合と解する、こうした「実定法と無関係な見解」³⁾によつては、結果的加重犯における加重刑を基礎づけるに充分ではないと考えたからである。すなわち、こうした見解にあつて「結果的加重犯の刑は、故意行為および過失行為に対する全体的な刑として重要性をもってくるがこれは適切でない。なぜなら、このばあいの加重刑が、区別された故意行為と過失行為に対する刑の総計をこえてでてくる」⁴⁾事実を無視するわけにもゆかないと解したからである。ここにまた、結果的加重犯の本質に関する認識の差異が、具体的なあらわれとなつて展開されてきている。だが、第二二六条をもってやはり真正結果的加重犯とするシュレーデルの認識は、オエーレルの批判によつても動かされることはなかった。したがって「過失殺がおこなわれたという事実、必然的に第二二六条の構成要素とし

て吸収され、このばあい単に第二二六条のみによって処罰され、同時に第二二二条から処断されるのではない」とし、オエーレルの結論とは逆に、一九五五年七月判決を正当なものとして維持している。⁽⁶⁾

- (1) Oehler, a. a. O., S. 519.
- (2) Oehler, a. a. O., S. 519.
- (3) Oehler, a. a. O., S. 520.
- (4) Oehler, a. a. O., S. 520. 単に故意犯と過失犯との結合にすぎないのなら、科刑もまたその総計でたりるはずである。にもかかわらず、加重されている事実は、単に結合とするだけの説明からではでてこないと解したからである。
- (5) Schröder, a. a. O., S. 1739.

四 わが国刑法法との関連

一 結果的加重犯は、このように真正結果的加重犯と不真正結果的加重犯との二類型に区別され、それぞれの類型にあつてそのとりあつかいは異にされる。すくなくとも、シュレーデルにとってはそうである。両者が概念的にことなり、したがってそれぞれの類型における機能的な差異のある事実についてはこれを諒解するにしても、ただなげ結果的加重犯をこのような二個の類型に区別しなければならぬのか。そしてかりにこうした区別が許されるとしても、さらにこの両類型をわける基準はなんなのかといった素朴な疑問に、シュレーデル自身必ずしも明確な解答を与えていないのがおしまれる。もとより、第五六条が重い結果について過失の存在を要件としたところから、同条との関連上重い結果に対して過失だけあるばあいとそれ以外に区別して考慮するのはわかるし、そこから結果的加重犯を真正結果的加重犯と不真正結果的加重犯といった既述のような二類型において概念規定していったのも理解しよう。だがだからといって、それが両概念を区別しなければならぬ必然性に直結しうるものでもない。にもかかわらず、なおこの両者の概念的区別が強調されるのは、結局さきにもふれたように個々の結果的加重犯規定のもつ機能なりあ

るいは性格的な差異、特性と、科刑への考慮が区別の基準になっていると推測される。もっとも前者の基準、すなわち個々の結果的加重犯規定のもつ特性という基準は、さきに第二五一条につきシュレーデルが表明していたように、結局科刑への考慮に結合しているものようである。ということになれば、せんずるところ科刑上の合理、不合理への配慮が両概念を区別する究極的な基準になっているといつたらいすぎであらうか。

この推測が不当でないとすれば、事情はわが国においても同様である。といつて、真正結果的加重犯、不真正結果的加重犯といった類型をわが法に導入しなければならないとするのではない。第五六条に相応する規定をかいている現在、ことさらに両概念の導入により事態を紛糾させる必要もないからである。ただ、わが刑法典所定の各種結果的加重犯に対する理解の集積がこれまで必ずしも単一ではなく、しかもその単一でない理由がもっぱら科刑への配慮がその根拠になっている事実を併考し、事情は同様であるとしただけである。とくに、判例においてその傾向がよく、学説はむしろそうした判例の理論的な裏づけに終始していた感さえある。そこから、結果的加重犯と犯罪競合の課題についても、ドイツにおける問題を意識しながら、主として対象を判例におき、そこに内在する犯罪競合上の課題が最後に考察されなければならないようになってくる。

(1) 前出五二頁以下参照。

(2) 今次の改正刑法準備草案第三一条は「結果の発生によって刑を加重する罪について、その結果を予見することが可能であるときは、加重犯として処断することはできない」として、結果的加重犯に関する総則的規定をおいている。そのかぎり前進であるが、ただ同条が果して責任主義の原則を明確化したものであるかどうかについては疑問視されている(井上正治・結果的加重犯(日本刑法学会篇・改正刑法準備草案、昭和三十六年)、一八三頁以下参照)。

二 結果的加重犯における重い結果に対する判例の認識態度は、いくたの批判があるのにもかかわらず、依然条件主義的因果関係があればたりとする以上にでないし、またそう理解されているのが通常のものである。事実、昭和

三年四月六日の大審院判決は、遺棄致死傷の事案について「凡ソ結果的加重犯タルヤ一定ノ犯罪行為ヨリ一定ノ重キ結果ヲ生セシメタルトキ其ノ重キ結果ヲ基本タル犯罪行為ニ結合セシメテ重キ責任ヲ負ハシムル場合ナレハ苟モ基本タル犯罪行為ト重キ結果トノ間ニ若シ前者ナカリシナラムニハ後者ナカリシナルヘシトノ關係存スルニ於テハ基本タル犯罪行為カ其ノ重キ結果ニ対シ直接ノ原因ヲ成スト否トヲ問ハス絶対ニ結果的加重犯ノ成立ヲ来タスモノト解スヘキモノトス³⁾」として、典型的な形で条件主義的因果關係説に準拠している。ということは、判例が対象とされるかぎり、犯罪競合の課題についてもまた事態は第五六条制定前のライヒ裁判所判決と同一であり、したがってそれに対する思考もまた、同じ方向において理解されるともいえる。そこから、シュレーデルによる二個の類型に準拠し、各別に考慮してゆこう。

第一の類型、すなわち重い結果について過失があつたばあい、かさねて過失致死の適用を認め両者を観念的競合で処断すると解すべきかについては、積極的に解するのがドイツにおける学説、判例の大意であつた。だが、重い結果に対する条件主義的因果關係を要求し、その意味では事情を同じくするわが国判例にあって、積極的に解した事例は皆無といつてよい。条件主義的因果關係があればたりとする判例理論にとつて、ことさら過失の有無をさらに考慮する必要もなかつたためであらう。と同時に、逆に過失の存在を要件とした学説にとつて、重い結果に対する過失がなければ結果的責任をとうわけにもゆかず、第五六条制定後の一九五五年七月判決と同じく、單純に結果的加重犯だけの成立を認め、ことさら別個に過失致死を考慮する必要もなかつたからである。「すくなくとも過失」が要求されるのではなく、ともかく過失がなければならぬとする学説にとり、こう解するのが自然な結果だからである。したがって、オエーレルが基本犯に内在する危険性という前提から、このばあい判例とは逆に観念的競合が成立するとするのは、前提となる危険性説自身参照しうるものがあるにしても、わが法との関連でとるをえない。さらに後者の類型、すなわち重い結果につき故意あるばあいを別個に処罰する規定があるばあいについてはどうであらう。条件主義

的因果關係があればたりとする判例にとつて、重い結果につき故意があればその罪、たとえば殺人罪の成立を認め、それと結果的加重犯との観念的競合を認めるほかないこと、第五六条制定前のライヒ裁判所判決とこれまた同様である。たとえば、大正四年二月一日の大審院判決は、第一八一条についてではあるが「若し其死亡ノ結果ニ付キ故意ヲ有シ暴行ヲ以テ婦女ヲ姦淫シ因テ死ニ致シタルトキハ一面ニ於テ右第百八十一条ノ犯罪成立スルト同時ニ他ノ一面ニ於テ同法第百九十九条所定ノ殺人罪ヲ構成スルモノナルコトハ猶強盜力殺意ヲ以テ人ヲ死ニ致シタルトキハ刑法第二百四十条ノ強盜致死罪ト同法第百九十九条所定ノ殺人罪トノ二罪ヲ構成スルト異ナル所ナシ」とし、両法条は観念的に競合するものと判示している。もつとも、この判例をこうした形で引用することは必ずしも正確ではない。なぜなら、ここに引用した判示に先行し「其死亡ノ結果ニ付キ故意ヲ有スルト否トハ毫モ該犯罪ノ成立ヲ左右スルモノニ非ス」とされているからである。そこから、本条をもつて結果的加重犯だとする所説によつても、逆に本条は単なる結果的加重犯に関する規定ではなく重い結果に対する故意あるばあいを含むとする所説によつても、それぞれこの判決が引用される結果ともなる。たしかに、この判示からみれば後者の意にとりうる可能性はある。しかし、第一八一条に故意あるばあいをも含みうるとするなら——含まれる範囲で、それをなお結果的加重犯のわく内に包括させるか、逆に故意犯と名づけるかは必ずしも明確にされていないが——端的に本条の適用だけであり、かさねて第一九九条との観念的競合を認める理論的な根拠はない。むしろ本条は結果的加重犯に関する規定であり、故意あるばあいを含みえないから、故意があればかさねて第一九九条との観念的競合を認めるとするのが論理的である。ということでは、両法条の観念的競合を認めた本判決は重い結果に対する故意の不存在を予定した立論と解するほかない。したがって、刑法典所定の各種結果的加重犯が、すべて重い結果に対する故意の存在を要しないとすると前提にたっているかぎり、第二の類型においてもまた格別の問題はおこらないともいえる。

総則篇、昭和二十九年、二二二頁は、いずれも重い結果について過失の存在を要件とし判例の態度に批判的である。

(2) もっとも、判例自身が、つねに条件主義的因果関係をもつていたりとしていたわけではなく、相当因果関係を問題としたような判示をなした事例がないわけでもない(たとえば、大判大正二年九月二日刑録一九輯八八四頁参照)。しかし、これも相当因果関係のあるばあいにならうとした基準を明示したまでであつて、相当因果関係の範囲をこえ、条件主義的な因果関係しかないばあいに相当性がないとして、結果的加重犯の成立を拒否したわけのものでもない。そこから、判例の立場としては、やはり条件主義的因果関係のわくをでていないとされている。なお、こうした事情については、草野・結果的加重犯、九五頁以下参照。

(3) 大判昭和三年四月六日刑集七卷二九一頁。

(4) 直接判示した判例はないが、第一一八条第二項、第二二四条第二項などについて、小野等・刑法、二四八頁、二五八頁は、いずれもこの結果を認めている。

(5) 刑録二二輯二〇八八頁。

(6) たとえば、小野・新訂刑法講義 各論、昭和二十五年、一四一頁註(二) 参照。

(7) 団藤重光・刑法各論、昭和三十六年、二七一頁。とくに二七二頁註(五) 参照。

(8) したがって、「故意ヲ有スルト否トハ……」という表現は、単なる言葉のアヤとしてうけとるほかない。

(9) と同時に、大判明治四四年四月二八日の判決が「犯人ニ於テ被害者ノ死傷ニ関シ故意又ハ過失アルコトヲ要ス」(刑録一七輯七一頁)としている事実を看過してはならない。

三 刑法典所定の結果的加重犯に対する理解が前節所説のとおりであれば、重い結果に故意あるばあいの適条も比較的容易に理解しうる。しかし、事実はその理解において必ずしも統一的ではなく科刑との関連を考え、通常結果的加重犯と目される類型に、ときにより重い結果について故意あるばあいをも包含するといった理解がなされている。たとえば第一二六条第三項あるいは前述した第一八一条に対する理解がこれである。こうした特例と目される規定に対する適条については、おおまかにいって四個の類型に区別しうる。すなわち、結果的加重犯であるとする認識にたつて、(一) 結果的加重犯の処罰規定と殺人罪の観念的競合、(二) 結果的加重犯を構成する基本犯の処罰規定と殺人罪

の観念的競合とされ、故意あるばあいを含むとする前提から、(三) 結果的加重犯の処罰規定だけ適用すればたりる、(四) 結果的加重犯と殺人罪の観念的競合とするのがこれである。ところで、通常結果的加重犯とされる法条に故意あるばあいも含まれうるとすると、(四)は故意あるばあいを含ませながら、なぜかさねて殺人罪の適用を認めるかの説明が充分でない。この点、故意あるばあいを含ませるとする前提にたつかぎり(三)の所説の方が論理的である。にもかかわらず(四)が主張されるのは、未遂の適条およびその科刑への考慮があつてのことである。すなわち、殺意をもつて行為し致死の結果を生じなかつたばあい、(三)によると基本犯と殺人未遂の観念的競合を認めるほかない。法定刑相互の比較からいってそうである。だがそれは既遂と未遂によつてその適条を異にし「理論的斉合を欠く」との非難をさけられない。この点で両者を統一的に理解しうる(四)の存在理由が見出される。つねに殺人罪の適用が予定されているからである。その意味では(四)の正当性は認めうる。だがだからといって(四)に観念的競合を認めうる合理的根拠を発見しうるのであろうか。もとより「社会見解上一個の事実を法律上二重に評価することは可能」であり、また許されるところである。したがって、そのかぎり重い結果に故意あるばあにかさねて結果的加重犯規定の適用をなすことが認められないわけではない。だが、こうした二重評価が許されうる範囲は「一個の行為を完全に評価する構成要件がない場合は、二個の構成要件によつてそれを評価することが、ひとり可能なばかりでなく、また正当である」といいうるのであつて、逆に完全に評価する構成要件があるばあいにまでも観念的競合が認めうるとするのは正当でない。したがって、結果的加重犯の処罰規定中に故意あるばあいを含むとするなら、その適条だけのことたり、かさねて殺人罪の適用を認めようとする(四)は、不当に観念的競合の概念をゆがめる結果となつて妥当ではない。このばあい、ドイツにあつてなお観念的競合が認められるのは、前提として不真正結果的加重犯概念が設定され、ために構成要件上完全な評価がなしえないからであつて、こうした前提概念をかく現行法との関連では、(四)の帰結を正当なものとして認めるわけにはゆかない。にもかかわらず、なお(四)が有力な所見として存在しうるのは、既述した科刑への

配慮があつてのことであらう。しかし、こうした四により憂慮されている危惧が他の立論によつても保障されるのなら、なにも疑義を内包する四に固執する必要はないわけである。という意味は、結果的加重犯概念に故意あるばあいを含ましめるのではなく、逆にこれを排除することによつて理論的斉合を保障するゆき方である。(一)、(二)がこれである。重い結果につき故意があれば結果的加重犯規定の適用を排除し、基本犯と殺人罪との観念的競合を認める(三)は、事態を正しい評価によつてとらえているものといえよう。ドイツ刑法に関するマウラッハの認識もまたそうであつた。だが(二)は、マウラッハに対するシュレーデルの批判からもあきらかなように、その適条の正当性はこれを認めるにしても、(三)、四にみられた欠陥を補正する役割を果しえない。果しえないからこそ(三)、四の所見が登場する余地があつたわけである。といふことになれば、結局(一)によるほかなくなってくる。すなわち、(一)は結果的加重犯とする前提から出発し、他説にみられるような刑の権衡あるいは観念的競合の概念を不当に拡張する点への保障も可能としているからである。設例についてこれを考えよう。すなわち、故意あつて重い死の結果をもたらしようなばあい、人を死に致した点では結果的加重犯の処罰規定が適用される。重い結果につき因果関係でたりのか過失を必要とするかはあらそわれるにしても、ともかく故意のなかつた点で一致し、そこにまた結果的加重犯の本質があるのなら、基本犯の実行者が人の死という重い結果を発生させた点で結果的加重犯の処罰規定が当然に適用されなければならない。と同時に、行為者はその死という事実に対し故意があつた事実を看過しえないのなら、それにつき第一九九条が適用されるのは当然である。いわば死という社会的見解上単一の結果であつても、それが結果的加重犯の処罰規定だけでは充分評価しえないのであれば、その評価しえない部分について別個に第一九九条で評価することは法律上可能であり、そこにまた観念的競合の存在理由が見出され、決して二重評価をしているわけではない。この点、四と基本的にその前提を異にする事実を看過してはならない。したがつて、小野博士が第一二六条第三項あるいは第一八一条につき、これら法条がいずれも結果的加重犯であるとする認識から出発され、重い結果に対する故意の存在を排除される

ところから、これらの法条と第一九九条との観念的競合が認められるとされたのはその意味で正当であるといわなければならない。⁽¹⁰⁾

もっとも、それにもかかわらずいままお、(三)、四の所説、すなわち重い結果に対し故意あるばあいを含むとする考
えが、根づよい主張として存在するのは、察するに第二四〇条に関する解釈論への伏線かとも推測される。一般に結
果的加重犯とされる類型に故意あるばあいをも含みうるとする立論の根拠は、さきにも述べたように刑の権衡に対す
る配慮にあった。そして、そうした権衡を保障するために故意あるばあいを含ませながら、なお第一九九条の適用を
認める四説は、その典型的な所説であるというる。ただ、このようにもっぱら刑の権衡という観点から第一九九条
の適用を認めるのなら、逆に刑の権衡が保障されれば第一九九条の適用をあえておこなわなくてもすむ。反対解釈と
してすくなくともそういういうる。通説が、そして大判大正一一年一月二二日の判決が「強盜殺人罪ニ付テハタタ刑
法第二百四十条後段ノミヲ適用スヘキモノニシテ更ニ重複シテ第百九十九条ヲ適用スヘキモノニ非ス」⁽¹¹⁾として、結合
犯理論というもっともらしい理由づけをしているが、結局は、既述の第一九九条を適用しなくても刑の権衡は保障さ
れるという考えがその根拠になっていたからなのではなからうか。その意味で、四説の存在理由に理解をおしむもの
ではないが、むしろ観念的競合の性格からいって、このばあいもまた(一)と同じく、そして大正四年二月二六日の判決
にみられるように、第二四〇条と第一九九条の観念的競合を認めた方が、理論的な斉合性も保障でき、また科刑への
危惧も生ぜず二重評価の非難もさけられる適条として、その正当さを是認すべきではなかつたかとおもう。いずれに
せよ、不真正結果的加重犯という概念設定のなされない現在、結果的加重犯規定のなかに、重い結果に対する故意あ
るばあいを含ましめる(三)、あるいはさらに殺人罪との観念的競合を認める四は、ともに便宜論であって正当であると
はいえない。

(1) もっとも、そう単純にいえないとともに、本節本文記述のような問題が生ずる理由となっている。

(2) これが判例の立場であることは、前述した大正四年二月の判例からあきらかとなりである。前出六四頁参照。

(3) 平場安治Ⅱ森下忠・判例体系刑法各論 全訂版、昭和三十六年、一九六頁は、第一八一条につき前記大正四年二月の判決を引用したのち「しかし、この場合は、一七七条ないし一七九条の罪と殺人罪との観念的競合を認めるのが妥当であろう」とされる。それは第二二六条第三項に関する適条と共通する（平場Ⅱ森下・刑法各論、七一頁参照）。

(4) 安平政吉・改正刑法各論、昭和三五年、三八七頁は第一八一条につき「明らかに猥褻強姦行為に際しての結果の発生を特別罪としているのであるから、本罪のみの成立を認むべきであろう」としている。ただ、第二二六条第三項についてはこれを認めず(例)同一の適条を認める。なお、江家・刑法各論、昭和三十一年、一〇八頁は、第二二六条第三項につき「人の死に対し、認識があつた場合を含む」とされ、したがって「殺人の犯意があつた場合でも、本条項だけを適用すれば足り」としている。その理由は、本条項の刑が「殺人の刑よりも重くなっている」ことに求められるが、そうなると殺人の刑より軽くなっている第一八一条については、逆に観念的競合を認められる趣旨か。明言されていないがそう推測するほかない。なお木村・刑法各論、昭和三二年、二〇一頁参照。

(5) 団藤・刑法各論、二七一頁は、第一八一条について、小野等・刑法、二六三頁は第二二六条第三項についてこの帰結を認める。ただ、第二二六条第三項につき、団藤・刑法各論、一四一頁は「致死の結果につき予見のあつたときは、殺人罪が成立する」とする。という意味は本条項を結果的加重犯と解する趣旨か。そうだとすれば本条項については小野等・刑法、二六三頁とは逆に(一)の類型に所属させうる(刑のつりあいから本条項と第一九九条との観念的競合を認めているからである)。逆に小野等・刑法の三八一頁は第一八一条につき「結果の発生について予見があれば、その結果的事実についても故意犯が成立する」とする。この範囲で本条に対する理解は(一)の類型に属しうることになり、団藤・刑法各論、二七一頁と認識を異にする。ただ対象の範囲を異にするにしても、ある種の犯罪については、重い結果に対する故意が要求される点では共通している。

(6) 致死の結果をかくところから、たとえば第二二六条第三項の適用はなく第一、二項の適用を認めるほかない。しかしそれは殺人未遂より刑が軽くなるからである（木村・刑法各論、二〇一頁、江家・刑法各論、一〇八頁以下参照）。

(7) 植松・刑法学各論、昭和二十七年、八五頁。なお、平場Ⅱ森下・刑法各論、七二頁もまた「理論的統一を欠く」と批判している。

(8) 小野・刑法講義 総論、二七四頁。

(9) 小野・刑法講義 総論、二七四頁以下。

(10) 結果的加重犯の処罰規定に故意あるばあいを含ませれば、それで構成要件的評価は充分なしうるからである。科刑への配慮といった事由が諒解されないわけではないが、本来観念的に競合しえないものにまでおよぼす方法によつて救済しようとする態度は好ましいものではない。

(11) それは、とくに第二四〇条をめぐる論争の過程を回顧することによってあきらかなとおりである。

(12) 小野・刑法講義 各論、八四頁および一四〇頁参照。

(13) 刑集一卷八一五頁。

(14) この点につき、香川・結合犯に関する一試論、一七一頁以下参照。もっとも、この論文では結合犯説に準拠したばあい、そこにどのような欠陥があるかといった内在的批判であつて、そうした理解の仕方自身を批判したものではない。

(15) 刑録二一輯七六七頁。

〔追記〕

今回もまた資料の集収につき、東京大学法学部藤木英雄助教授の手をわづらわした。同助教授の御好意に深く感謝の意を表する。なお、本稿は昭和三六年度科学研究費による各個研究「罪数論について」の一部を構成するものである。あわせ付記する。